

أسس تقنين الفقه الإسلامي ومنهجيته

إدريس العلوي العبدلاوي

مقدمة تمهيدية

تتحدد وظيفة التشريع ببيان الأغراض التي يرمي إلى تحقيقها والوسيلة التي تُتخذ لبلوغ هذه الأغراض، ووظيفة التشريع الأساسية هي تنظيم المجتمع تنظيمًا يحقق الخير العام وذلك بوضع قواعد ثابتة تكفل سير علاقات الناس في كل ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية على وتيرة واحدة وطبقاً لخطة محدودة هي التي تملي تلك القواعد.

والقانون لا يمكن أن يثبت على حالة واحدة، بل هو متطور في الزمان، ومتغير بحسب المكان، لأنه يحكم علاقات اجتماعية، تختلف من مكان إلى مكان، وتتطور في المكان الواحد من زمان إلى زمان، فالقانون مرآة للبيئة الاجتماعية التي يُطبق فيها، حيث يستجيب لظروفها وحاجاتها، ولذلك كان حتماً أن يختلف القانون من دولة إلى أخرى، وكان حتماً أن يختلف القانون في البيئة الواحدة من عصر إلى عصر، فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المستحدثة.

ومما لا شك فيه أن الشرائع هي شريط الإخاء الإنساني وعنوانه، وهي في أغراضها العامة والخاصة تُعين على تقارب الأفراد والجماعات وإزالة ما بينها من فوارق واختلافات، ولذلك تُعقد المؤتمرات من حين لآخر لأجل توحيد القوانين بين دول لا تجمعها وحدة الأصل أو اللغة أو العادات والتقاليد أو المصير، وإن ما بين الدول العربية من وحدة الأصل واللغة والحياة المتقاربة فضلاً عن وحدة التاريخ والمصير، مما يستلزم أن يسودها قانونٌ واحد، فالتاريخ لم يعرف في الماضي أو الحاضر أمة تجمعت لها من أسباب الوحدة الكاملة مثلما تجمعت للأمة العربية، فليها وحدة اللغة والتاريخ والأمل والمصلحة والمستقبل والمصير، ولم يعرف التاريخ كذلك أمة من الأمم اتسعت رقعتها فشملت أنحاء شاسعة من الأرض كالأمة العربية ورغم ذلك بقيت بحكم وحدتها خاضعة بصفة دائمة ومستمرة لأحكام شريعة واحدة هي الشريعة الإسلامية قرابة أربعة عشر قرناً من الزمان، وما زالت تخضع له في الكثير الأغلب من شؤونها ومن أمصارها.

ومن هذا يتجلى أنه إذا كانت هناك وحدة في الماضي فبفضل الشريعة الإسلامية وُجدت، وبفضل هذه الشريعة ستبقى، وإذا كانت هناك وحدة يحاول العرب أن يعودوا إليها ويقيمون عليها أمورهم في الحياة الحديثة كما قامت عليها حياتهم القديمة، فالشريعة الإسلامية هي أساس هذه الوحدة الجديدة كما كانت أساس الوحدة القديمة، وعلى هذا فإن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً يلجأ إليه كل باحث عن أساس لتوحيد التشريعات في الدول العربية والإسلامية، هو خير أساس وأزكى سبيل لتحقيق هذا الهدف، فالمنطق يقضي بأن استقاء شرائعنا من الشريعة الإسلامية عملٌ يتفق مع تقاليدنا وينبع من صميم واقعنا، ويسير مع استقلالنا الذاتي وشخصيتنا العربية والإسلامية الموحدة.

إن الدول العربية والإسلامية تعيش هذه الفترة من الزمان في لحظة من مظاهرها السعي نحو العودة إلى الشريعة الإسلامية التي عاشت في ظلها قوة

عزيزة مرهوبة الجانب، فلما تركتها لحق بها الضعف والذل والهوان، ويتمثل ذلك في اللجان المكوّنة في البلاد العربية والإسلامية لتقنين الشريعة الإسلامية.

والحقيقة أنه لم يعد مجال للحفاظ على تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد التي تطبقها، ولا لتطبيقها في البلاد الإسلامية التي لا تطبقها وتريد تطبيقها إلاّ التقنين، فالتقنين هو الوسيلة الحديثة لتطبيق القوانين الآن، بحيث لم يعد الآن إمكان التطبيق عن طريق الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي العديدة المتنوعة لما يلقيه الباحث فيها من عسر وعناء.

خطّة البحث

قبل أن نعرض لأسس تقنين الفقه الإسلامي ومنهجيته يجدر بنا أن نُمهّد لهذه الدراسة بفقرة للتعريف بالتقنين بصفة عامّة وبيان مزاياه وعيوبه، لنعرض بعد ذلك لواقع التقنيات الوضعية في البلاد العربية ومدى استمدادها من الفقه الإسلامي، ومزايا تقنين الفقه الإسلامي، ومشروعية التقنين، لننتهي ببيان أسس هذا التقنين ومنهجيته.

من كل هذا يرتسم أمامنا منهاج بحثنا الذي سيكون على الشكل التالي:

الفرع الأول : التعريف بالتقنين وبيان مزاياه وعيوبه.

الفرع الثاني : واقع التقنيات الوضعية في البلاد العربية ومدى استمدادها من الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث : مزايا تقنين الفقه الإسلامي.

الفرع الرابع : مشروعية التقنين.

الفرع الخامس : أسس تقنين الفقه الإسلامي ومنهجيته.

الفرع الأول : التعريف بالتقنين ومزاياه

التقنين le code تشريع يجمع أكثر القواعد القانونية التي تحكم المسائل المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة مرتبة ومبوبة بحسب المسائل التي تنظمها، في شكل مواد مختصرة تأتي متسلسلة. كالتقنين المدني، والتقنين التجاري، والتقنين الجنائي، وتقنين المسطرة.

ويطلق اصطلاح التقنين كذلك على عملية التجميع ذاتها (la codification). وكان يستعمل اصطلاح المجموعة بالنسبة إلى المدونة ذاتها، فيقال مثلاً المجموعة المدنية. ومع ذلك فإنه من الناحية الرسمية تحمل المدونة عنوان القانون مقترناً باسم الفرع الذي تنتمي إليه القواعد الواردة فيها، فالتقنين المدني يحمل عنوان القانون المدني، والتقنين التجاري يحمل عنوان القانون التجاري، والتقنين الجنائي يحمل عنوان القانون الجنائي، وتقنين المسطرة يحمل عنوان قانون المسطرة.

وقد أدّى تفشي المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي في العصر الحديث إلى إصدار تشريعات تبلغ من الكثرة حدّاً أصبح الإلمام بها، لو تركت مبعثرة هنا وهناك، أمراً عسير المنال. وهذا ما بعث إلى التفكير في جمع التشريعات التي تتعلق بناحية معينة من نواحي الحياة في الجماعة في كتاب واحد يجمع شتاتها وينسق بينها، ومن هنا ولدت فكرة التقنين أو تجميع القوانين.

وقد لجأت الشعوب القديمة إلى تدوين قوانينها لأسباب عدة منها أن الناس لا يشعرون بحاجتهم إلى تدوين قانونهم إذا كانت السلطة القضائية مركزة في يد قاض واحد. ولكن هذا الفرض نادر الحدوث من الناحية العملية، ولا يحدث إلاّ في الدول الصغيرة جداً ذات المساحة الضيقة والعدد القليل من السكان. والحالة الغالبة هي وجود عدد كبير من السكان يقطن على وجه الدوام مساحة كبيرة من الأرض، ولذلك يتعذر من الناحية العملية ترك القضاء في يد شخص

واحد بل يتعدّد القضاة لإمكان فض المنازعات التي تتّور بين الناس. وإذا تعدد القضاة وجب بيان القواعد التي يلتزمونها فيما يصدرّونه من أحكام، وكتابة القواعد القانونية في مدونات هي بطبيعة الحال أيسر سبيل لذلك، ونتيجة لما تقدم يلجأ الناس إلى تدوين قانونهم حفظاً له من الضياع أو النسيان، فالكتابة أقدر على الحفظ من ذاكرة الناس. وينتج عن ضرورة توحيد القواعد التي يطبقها القضاة المتعدّدون ضرورة كتابتها لضمان احترامها وعدم تغييرها وعدم تفسيرها طبقاً لأهواء القائمين على تطبيق القانون. كما أن الشعوب قد تلجأ إلى تدوين القانون بغية نشره بين الناس حتى لا تستأثر بالعلم به طائفة معيّنة منهم وتطبقه وتفسره طبقاً لأهوائها ومصالحها الطائفية. وقد كان هذا السبب من بين الأسباب التي دفعت بالرومان والإغريق إلى تدوين قانونهم. ولا ترجع قيمة تدوين القانون في القديم في مدونات قانونية إلى حسن تبويب تلك المدونات وصياغتها الفنية واشتمالها لكل القواعد القانونية السائدة في المجتمع كما هو الشأن في العصر الحديث، بل ترجع قيمتها إلى أن كتابة القوانين في مجموعات قانونية تدل على أن القانون لم يعد سراً مكنوناً في صدور الكهنة بل أصبح علنياً معروفاً بين الناس. وترجع قيمتها كذلك إلى أنها تعطينا صورة صادقة للحالة التي كان عليها المجتمع الذي دُوّن قانونه.

وأهم المدونات القديمة : قانون دراكون ، وقانون صولون، وقانون الألواح الإثني عشر لدى الشعوب الغربية، وقانون حمورابي، وقانون مانو، وقانون بوكنهوريس لدى الشعوب الشرقية.

والتقنين قد يكون رسمياً وقد لا يكون كذلك. والتقنين الرسمي هو الذي تصدره الدولة ويأتي في شكل تشريع ضخم صادر من السلطة التشريعية. أما التقنين غير الرسمي فهو الذي يجريه فقيه أو أكثر، دون أن تضيف عليه الدولة سلطانها وبالتالي دون أن تطبعه بطابع الحجية أو الرسمية. ويعتبر مثل هذا التجميع مجرد عمل فقهي لا يصدق عليه وصف التقنين.

وليس بالإمكان أن يجمع التقنين كل القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون، ولهذا قلنا في تعريفنا له إنه تشريع يجمع أكثر القواعد القانونية، بمعنى أنه يضمن الكتلة الرئيسية منها. ولذلك فإننا نلاحظ أنه يوجد دائماً إلى جانب التقنين في فرع معين من فروع القانون، قواعد أخرى تدخل في نطاق هذا الفرع ولا يتضمنها التقنين.

مزايا التقنين

يحقق تجميع القواعد القانونية عدة مزايا نبرز أهمها فيما يأتي :

(1) يؤدي تجميع أكثر القواعد التي تحكم المسائل المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة إلى تيسير البحث عن القاعدة القانونية المطلوب تطبيقها، فهو يسهل على القاضي تطبيقها، وعلى الفقيه معرفتها، وعلى الفرد الإلمام بها. فالتقنين يؤدي إلى حشد أكثر القواعد القانونية التي تخص فرعاً معيناً من فروع القانون في مجموعة واحدة. وعلى النقيض من ذلك فإن مهمة الباحث تتعقد إذا لم يكن هناك تقنين، إذ نجد القواعد القانونية مبعثرة هنا وهناك في المجموعات التشريعية، الأمر الذي يجعل معرفة حكم القانون صعبة المنال، ويستحيل معه على الأفراد أن يستبينوا على وجه دقيق القواعد التي يأتّمر بها نشاطهم، وتنظم على وجه الإلزام سلوكهم.

(2) يؤدي التقنين كذلك إلى تحقيق التناسق بين مختلف القواعد القانونية وتفادي التعارض بينها، ذلك أن التشريعات الخاصة تضعها لجان متباينة في أوقات مختلفة، وقد يحصل أن إحدى هذه اللجان لا تدخل في حسابها جميع التشريعات التي سبق أن صدرت ولها صلة بالموضوع الذي تنظمه، فيزيد هذا من احتمال التعارض بين هذه التشريعات وما تضعه اللجنة من قواعد جديدة.

أما التقنين فيبذل فيه بوصفه تجميعاً للقواعد القانونية في فرع معين من فروع القانون مجهود علمي كبير، كما تسبقه مرحلة إعداد يساهم فيها كبار المتخصصين في علم القانون. ويحرص هؤلاء الفقهاء على تفادي التعارض أو التناقض، والتكرار والإعادة وذلك بدراسة المجموعة من حيث الشكل والموضوع ومقارنة المواد بعضها ببعض.

(3) يؤدي التقنين كذلك إلى توحيد القانون في الدولة، وإلى توحيد النظم القانونية بين الدول المختلفة. وقد نجح التقنين في أداء هذه المهمة في فرنسا، حيث اتخذ صدور تقنيات نابليون فرصة مناسبة لتوحيد القانون في فرنسا كلها، بعد أن كان القانون يختلف فيها من إقليم إلى إقليم.

عيوب التقنين

وجه بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الألماني الكبير «سافيني Savigny» النقد إلى التقنين، وذلك بالرغم من المزايا الضخمة التي تتوفر له.

ومن أهم ما رمى به هؤلاء الفقهاء التقنين من عيوب هو أنه يصيب القواعد القانونية بالجمود. إذ هو يصبها في قوالب جامدة، الأمر الذي يشل تطورها. وهذا العيب الذي يوجه إلى كل تشريع يكون أكثر ضرراً، في التقنين منه في التشريعات العادية. ذلك أن الشارع لا يحجم عن التدخل لتعديل التشريع العادي كلما دعت الحاجة إلى ذلك. أما التقنين فإنه نظراً إلى ضخامته وإلى الجهد الكبير الذي بذل في وضعه وتنسيقه وتبويبه يكسب قدراً من المهابة والتقدير يجعل الإقدام على تعديله محوطاً بالحذر الشديد، فلا يتدخل الشارع لتعديله إلا عند الضرورة القصوى.

وقد وجه هذا النقد عقب صدور التقنيات الفرنسية في أوائل القرن التاسع عشر، إذ تعتبر هذه التقنيات أول عمل تشريعي ضخّم تقوم به دولة على هذا النحو في العصر الحديث. ونظراً لما امتازت به هذه التقنيات من منطق في الترتيب ودقّة في الصياغة ووضوح في العبارة فقد ظفرت بقدر كبير من الإعجاب والتقدير حتى ساد في الفقه الفرنسي حينذاك الاعتقاد بأن هذه التقنيات قد أحاطت بكل شيء، فأخذ الفقهاء في البداية يفسّرون نصوصها تفسيراً حرفياً يلتزمون فيه حدود النص ويتحرون نية واضعيه، ولذلك سمي هذا الاتجاه الفقهي «مدرسة الشرح على المتون» أو «مدرسة التزام النص». وقد أعطى هذا المسلك من جانب الفقه الفرنسي حجة لخصوم التقنين، إذ رأوا أن التقنين في ظل هذا الاتجاه يصيب القانون بجمود في تفسيره فضلاً عما في نصوصه من جمود.

وممّا لا شكّ فيه أن لهذا النقد الذي وجهه ساقيني» إلى التقنين وجاهته، إذ من المسلم أن التقنين يصيب القواعد القانونية بشيء من الجمود، لا سيما في السنين الأولى التي تجيء بعد صدوره، أي في السنين الأولى التي تجيء بعد أن يستقر الأمر للتقنين. وليس أدل على إبراز أثر التقنين في جمود القانون من قيام مدرسة شرح النصوص في فرنسا على إثر صدور تقنيات نابليون، تلك المدرسة التي قدست النصوص ورأت فيها المصدر الوحيد للقانون، ونظرت إلى مجموعة نابليون على اعتبار أنها تقرب من الكتاب المنزل وأنها أحاطت بكل شيء علماً وحثوا حلاً لكل أمور الناس، وبلغت الكمال في كل ما حوت.⁽¹⁾

إلا أنه ينبغي -رغم كل هذا- عدم المبالغة في نقد التقنين، ذلك أنه إذا كان التقنين يصيب القانون بالجمود، فإن ذلك لا يكون إلا في السنين الأولى التي تجيء بعد صدوره، فالاحترام الذي يتولّد للتقنين بعد صدوره لا يلبث أن يقل تدريجياً بسبب ظهور ما يعتريه من نقص وعيب أثناء تطبيقه على شؤون الحياة. ولعلّ القضاء هو أول من يحس بهذا النقص لأنه هو الذي تعرض عليه مشاكل

الناس، وهو الذي يجب عليه أن يحسمها، وكثيراً ما يجد القاضي نفسه أمام تعارض بين ما يقضي به القانون، وبين ما تقضي به العدالة. وهذا ما يؤدي به تحت ستار التفسير إلى إهدار حكم القانون إذا تعارض مع ما توحى له مبادئ العدالة وقواعد العدل والإنصاف، وكثيراً ما يؤيده الفقه في ذلك. وكلما برزت عيوب التقنين على مرّ الزمن وبدا عجزه عن مسايرة الواقع، قل احترام الناس لقداسته، وينتهي الأمر إلى تطور القواعد التي يحتويها إما عن طريق تفسير القضاء بما يتفق مع الواقع وحاجات الجماعات الحديثة، وإما عن طريق تدخل المشرع نفسه لسدّ نقص في التقنين أو تعديل أحكام فيه كلما دعت الحاجة إلى ذلك وكثيراً ما ينتهي الأمر بمضي الزمن وتغير الظروف في المجتمع إلى إعادة النظر في التقنين واستبدال غيره به يكون أوفى بالحاجة وأكثر ملاءمة للتطور.

حركة التقنين

عرف التقنين من قديم، من ذلك قانون دراكون Dracon الذي وضع حوالي عام 621 قبل الميلاد، وقانون صولون Solon الذي صدر حوالي 594 قبل الميلاد، وقانون الألواح الإثني عشر Loi des douze tables الذي وضع عام 541 قبل الميلاد، وقانون حمورابي Loi de Hommourabi (1676-1728 قبل الميلاد)، وقانون مانو Loi de Manon الذي وضع عام 1280 قبل الميلاد، وقانون بوكخوريس Code Bocchoris (712-718 قبل الميلاد).

وأول التقنيات التي حدثت في العصر الحديث هو المجموعة المدنية الفرنسية التي سميت بمجموعة نابليون Code Napoléon ، وتلتها المجموعات الفرنسية الأخرى، ثم تفشت حركة التقنين في البلاد الأوروبية الأخرى، فصدر التقنين النمساوي في سنة 1811، والتقنين الإيطالي عام 1865، والتقنين

الألماني سنة 1900، والتقنين السويسري للالتزامات سنة 1912، وتبع ذلك صدور التقنينات في بلاد العالم المتحضرة الأخرى . (2)

الفرع الثاني : واقع التقنينات الوضعية في البلاد العربية

لقد جاءت أغلب التقنينات الوضعية في البلاد العربية مزاجاً متآلفاً يجمع بين قواعد نُقلت عن الشريعة الإسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية فاندمجت جميعاً في ضرب من الوحدة يكاد يخفي معه ازدواج المصادر وتباينها وهي بتكوينها هذا تحكم التنسيق بين هذين المصدرين، فيتّسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة ويستحث الجهود لدراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ترده إلى ربيع حياته وتمكّنه من مسايرة هذه الأوضاع، ومتى تمّ إحياء الفقه الإسلامي على هذا النحو، عبد السبيل للتقنينات الوضعية العربية ليكون خليقاً بأن تؤسّس عليه وحدة تقنينات أحدث طراز تجاري مدنية العصر وتسائر أحدث القوانين وأكثرها تقدماً ورقياً.

إن الناظر للتراث الفقهي الإسلامي الناطق بالعظمة والخلود، ليقف مشدوهاً وهو يقدر قيمة ما تركه الأجداد للأحفاد.

ويزداد عبء هذا التقدير في عصرنا الحاضر الذي أصبحنا نطل فيه على ذلك التراث الزاهر من جميع أطرافه، وقد اتسعت آثاره وترامت نواحيه، وهو يزخر بعلوم شتى.

وقد حاول البعض من الدارسين والمهتمين بهذا التراث الخالد، أن تتعلق همته بمحاولة إخراجه إلى الوجود بوسائل التحقيق والتوثيق المختلفة، وهي ناحية لا يُنكر فضلها، لما لها من مراعاة الحفظ والصيانة، ولكن ذلك لا يكفي في خدمة هذا التراث واستغلاله وتقريبه من الأذهان والواقع المعيش ليكون مرآة

للبيئة الاجتماعية المطبق فيها ما لم يُعزَّز بجانب الدراسة والتمحيص والتقويم والمقارنة بالأوضاع الحالية، وما شاع من الدراسات القانونية متعددة الجوانب في مختلف مظاهر الحياة الاجتماعية.

وإننا حين نذكر هذا النوع من الدراسة المبنية على المقارنة والمقابلة، فلسنا نحط من قدر فقهاء الإسلام الذي سادت أحكامه وامتدت شجرته وارفه الظلال على جميع الأوطان الإسلامية.

فالشريعة الإسلامية بحكم محاسن أحكامها، وتعدد مصادرها هي ملائمة لكل عصر وأوان، مهما امتدت الدنيا وتجدد تقدّمها ورقبها، وهي شريعة بعيدة عن التقصير والقصور ومحفوظة عن أن يأتيتها الباطل من بين يديها ولا من خلفها على مرّ الأزمان والعصور.

إن هناك ثروة فقهية وقانونية لا تُنكر قد عمّت البلدان الإسلامية، وهذه الثروة تحتاج إلى تأصيل وتحليل ومقارنة، ومقارنة الدليل بالدليل، وليست كلها دون فائدة، وإنما تنظر على ضوء فقهاء الإسلام ذلك الفقه الذي لا ينضب معينه ولا تنفذ حججه وبراهينه .

والدراسات المقارنة هذه ليست غريبة عن فقهاء الإسلام، إذ يرجعون إليه نجد أن الفقهاء المسلمين اهتموا بعلم خاص سمّوه بالخلاف العالي. ومُضمّن هذا العلم هو التعرف على الدلائل الأصلية للمسائل الفقهية، ما بُني عليه كل قول فقهي منها، فتارة تُربط الفروع بالأصول، وتارة أخرى تربط الأصول بالفروع في صعيد واحد لتظهر بواصر الحجة والبرهان، وتتفتح العقول والأذهان.

فوسط هذا الميدان من الدراسة المتعمّقة يحاول الدارس أن يستجلي حقائق الفقه الإسلامي، مستفيداً من منهجية الدراسات القانونية الحديثة وخاصة الناحية الشكلية تنسيقاً وتبويباً، ثم عرض نصوص ومواد القانون الوضعي على حقائق وأحكام هذا الفقه أيضاً، كمحاولة من أجل الاستنتاج، ومعرفة مدى التطابق والتوافق أو التخالف والتباين.

لقد راعت التقنيات الوضعية العربية الاحتفاظ بقدر كبير من القوانين المعمول بها في حينها، وذلك منعاً للطفرة ومضارها، ورغبة في الاستفادة من استقرار تلك القوانين بها، بعد أن صقلها العمل وأوضح الاجتهاد غامضها، وأكمل نقصها، وكلّ منها توخت بدرجات متفاوتة وصل حاضرها بماضيها، وتوثيق الصلة بينه وبين تراثها القانوني العظيم متمثلاً في الفقه الإسلامي الذي ظلّ هو القانون العام لهذه التقنيات قروناً طويلة في جميع تلك البلاد حتى وضع التقنيات الحديثة بها بل ما يزال هو القانون العام في بعضها، وكل منها استهدفت استيعاب تيارات التشريع العالمية والأخذ بأسباب تطويرها، تقريباً للشقة بين أحكامها وأحكام تقنيات البلاد العصرية المتقدمة، وتيسيراً للتعامل والتبادل مع أهل تلك البلاد، بعد أن أصبح العالم كله يكاد أن يكون وحدة متكاملة لا يستغني بعضها عن بعض.

لقد فرض الرجوع إلى الفقه الإسلامي عند وضع التقنيات الحديثة في أكثر البلاد العربية أولاً وقبل كل شيء أنه كان يمثل القانون القائم في تلك البلاد وقت إعداد تلك التقنيات، فوق أنه يعتبر في هذه البلاد من الحقائق التاريخية والحقائق المثالية التي برهن العلامة «جيني» على أنها تدخل ضمن الحقائق العلمية التي تتكوّن منها مادة القانون في كل مجتمع والتي لا يمكن بالتالي إغفالها عند صياغة قانون بلدٍ ما أو تقنينه، ذلك أن الفقه الإسلامي ارتبط بتاريخ الحضارة العربية، وأمدّها بالأسس القانونية التي ساعدت على ازدهارها وانتشارها بضعة قرون في ربوع أوروبا وحتى أقاصي آسيا وظل هو القانون العام في البلاد العربية إلى وقت قريب جداً، بل لا يزال كذلك في بعضها حتى الآن، فضلاً عن أنه ينبثق من مثل عليا تقوم على أساس الدين الإسلامي، يضاف إلى ذلك أن هذا الفقه بلغ بفضل اجتهاد أعلامه المجتهدين شأواً عظيماً من الأصالة والدقة ومن أحكام النظم، وحوى أعداداً لا تُحصى من حلول المسائل

مما جعل فقهاء الغرب يعترفون له في مؤتمراتهم ولقاءاتهم الدولية بمكانة سامية بين النظم القانونية في العالم وبأنه يعد في طليعة المصادر الصالحة لسد حاجات التشريع الحديث.

وهكذا فقد سجل مؤتمر القانون المقارن المنعقد بمدينة لاهاي سنة 1937 قراره التاريخي الهام القاضي باعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام، وأنها حية قابلة للتطور، وأنها شرع قائم بذاته ليس مأخوذاً من غيره.

لقد كان مبعث الاهتمام بهذا النوع من الدراسات المقارنة، الدافع الباعث على انشغالي وانشغال غيري من الفقهاء المهتمين بالدراسات الفقهية، والقانونية بتعميق البحث في هذا الفقه الذي يزخر بروائع الكنوز القانونية مع المقارنة بالقانون الوضعي قصد إبراز ما يتميز به هذا الفقه من واقعية وحلول صائبة، ومن جزئيات تستدعي الوقوف عندها والنظر إليها بعين الاعتبار، وجمع تلك الجواهر الثمينة التي ترد متناثرة الحلقات، وسكبها وتقريبها إلى أذهان المشتغلين بالقانون، واستخراج أحكامها وشرح مصطلحاتها بروح العصر وهذا ما حاولت تضمينه فيما نشرت من كتب وأبحاث، كما كان هذا الاهتمام هو الدافع إلى إصداري المجلة المغربية للقانون المقارن لما كنت عميداً لكلية الحقوق بمرآكش، ولمجلة «القرويين» بمجرد تشرفي برئاسة هذه الجامعة العريقة الأصيلة، وإدخال تعديل في الشكل والجوهر على مجلة «الجامعة الإسلامية» التي تصدر عن رابطة الجامعات الإسلامية، والتي أسندت إلى مهام إدارتها إثر انتخابي أميناً عاماً لرابطة الجامعات الإسلامية، لتستجيب لهذا النوع من الدراسات، كما جاء تشريفي بتمثيل بلدي لدى لجنة توحيد التشريعات بجامعة الدول العربية محققاً لرغبتني الملحة في الدراسات المقارنة.

الفرع الثالث : مزايا تقنين الفقه الإسلامي

إن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية يتطلب صياغتها في صورة قواعد عامة ومجردة تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع على نحو ملزم وإن لهذا التقنين عدة مزايا يمكن تلخيصها فيما يلي:

(1) يعتبر التقنين بمثابة خلاصة ما يمكن العمل به من الروايات والآراء المتعددة في المذهب الواحد وفي المذاهب الفقهية كلها، ولا يخفى أن الشريعة الإسلامية متعددة مصادرها، كثيرة مراجعها، وآراء الفقهاء تختلف في معظم مسائلها ونوازله، الأمر الذي يستلزم بيان ما ينبغي الأخذ به؛

(2) يعتبر التقنين اختياراً وترجيحاً يصدر عن الفقهاء ولا يمثل اجتهاد قاض فرد أو غيره.

(3) يعتبر التقنين تحديداً لأبعاد الحكم الشرعي وبيان لمدى مسايرة وملاءمة الشريعة الإسلامية لمصالح العباد ودليل على صلاحيتها لكل زمان ومكان. وبذلك فهو استكمال للبناء الفقهي الإسلامي؛

(4) يعتبر التقنين وسيلة لتوحيد سلوك الأمة على حكم واحد مختار من بين الآراء الراجحة في الفقه الإسلامي لأنه أحكام تلزم الأمة بالعمل بها، وبذلك يؤدي تقنين أحكام الفقه الإسلامي إلى توحيد القواعد والقوانين المطبقة في الدول الإسلامية وإلى توحيد النظم بينها. والحقيقة أن آخر هذه الأمة لن يصلح إلا بما صلح به أولها، وإن اختلاف القوانين والأنظمة بين الدول الإسلامية هو اختلاف لأنظمة الحياة فيها، وتطبيق الشريعة الإسلامية فيها هو أساس وحدتها وسياسي يحمي لغتها ودينها، ودرع يقيها من أن تكون مجالاً لمبادئ وقواعد مستوردة من الشرق أو من الغرب. لقد كرم الله الإنسان بالعقل وأنعم عليه

بالفقه، ولكنه أفنى العمر والجهد والمال في شرح ونشر وتطبيق شريعة المخلوق لا شريعة الخالق.

(5) يعتبر التقنين وسيلة لإلزام الناس بالعمل بأحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أننا في عصر ألف الناس فيه واعتادوا الالتزام بتطبيق قواعد ملزمة يصدرها الحاكم أو سلطة مختصة، وتقنين أحكام الشريعة الإسلامية ما هو إلا إضفاء لعنصر الجبر والإلزام عليها، هذا العنصر الذي يعتبر من أهم خصائص القاعدة القانونية، إذ إن هذه الأخيرة، دون توافر عنصر الإلزام، تعتبر مجرد نصيحة أو توجيه، ولكنها بإضفاء عنصر الإلزام عليها تعتبر أمراً صادراً ممن يدان له بالطاعة وموجهاً إلى من تجب عليه تلك الطاعة، تلزم السلطة العامة مخاطبيها بتطبيق أحكامها عن طريق توقيع الجزاء على من يخالفها.

(6) يعتبر التقنين وسيلة لإشراف الدولة على سلامة وصحة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك عن طريق اختيار ومراقبة الأحكام الملائمة منها وإلزام القضاة، الملزمين بتطبيق قواعدها، على السير على منوالها ومقتضاها.

(7) إن عملية التقنين تيسر على الفقهاء شرح أحكام الشريعة الإسلامية ومقارنة أحكامها بغيرها في المذاهب المختلفة، فضلاً عن تيسير فهم قواعدها على جميع المشتغلين بالفقه والقانون من فقهاء وأساتذة وقضاة ومساعدتهم وباحثين من جهة وعلى عموم الناس من جهة أخرى، وبذلك يعتبر التقنين وسيلة تيسير البحث عن القاعدة الفقهية المطلوب تطبيقها، فهو يسهل على القاضي تطبيقها وعلى الفقيه معرفتها، وعلى الفرد الإمام بها.

(8) إن من شأن التقنين أن يسهل على المحاكم مهمة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق والتي تعتبر من المصادر الأساسية التي يجب على القاضي تطبيقها على النوازل المعروضة عليه، وبهذا يُعفى القاضي من عناء

البحث عن القاعدة واجبة التطبيق في المراجع العديدة والآراء والاجتهادات المختلفة في المذهب الواحد أو المذاهب الفقهية المتعددة.

(9) إن عملية التقنين تحول دون تضارب الأحكام وتعارضها وتحقق التناسق بين مختلف قواعدها، ذلك أنه لو تُرك للقضاة أمر اختيار القاعدة واجبة التطبيق على النازلة المعروضة عليه من بين المراجع الفقهية المتعددة والاجتهادات الفقهية المختلفة لأدّى هذا بكل واحد أن يطبق على النازلة المطروحة أمامه قواعد قد يطبق آخر غيرها في نفس النازلة بجميع مواصفاتها، الأمر الذي يؤدي إلى أننا سنجد لقضية واحدة أحكاماً وقواعد تختلف من حاكم لآخر ومن محكمة لأخرى.

(10) إن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية يدرأ مفسدة اقتباس القوانين الأجنبية والرجوع للاعتراف من معينها والابتعاد عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

(11) إن تقنين أحكام الفقه الإسلامي صياغة حديثة لمتون الفقه الإسلامي، وهي صياغة تستوعب أحكام الوقائع والقضايا المستحدثة، ويقتصر على القواعد العامة دون الدخول والغوص في التفاصيل والجزئيات التي تختلف باختلاف الظروف والأمكنة والتي يترك أمرها لاجتهاد القضاء وشروح الفقه.

الفرع الرابع : مشروعية التقنين

إن أصول وأسس التشريع الإسلامي تامة بنفسها، محكمة التنظيم في نسجها لا تحتاج إلى تكميل ولا تنظيم لأنها من الدين، والدين وحي من الله أوحاه إلى رسوله، وما فارق الرسول عليه السلام هذه الدنيا حتى ترك الشريعة واضحة المناهج عذبة الموارد، كاملة متيسرة المسائل، سهلة المقاصد، كفيلة بمصالح الدين والدنيا، مؤسسة أصولها على قواعد محكمة ومثل عليها.

وحيث إن لطفه تعالى ورحمته اقتضت فتح باب الاجتهاد للعباد فيما يتجدد إليهم في هذه الدار من الحوادث ويبرز من الجزئيات في أبواب الأقضية والمعاملات، وكانت أنظار العلماء في الاستنباط تختلف، وأفكارهم غالباً في الاستخراج لا تتألف، كثرت الأقوال بتعاقب الأعصار والأجيال، وفي ذلك ما لا يخفى من تشويش الأفكار مع ما ينشأ عن ذلك من الاضطراب وعدم حفظ النظام ودخول الأغراض والشهوات في التحاكم والمنازعات، وكل ذلك لا تحمده الشريعة ولا تقبله أصولها التي أتت لحماية الذريعة.

إن الأمر يستلزم تنظيم مسائل الفقه الإسلامي المتعلقة بالأقضية والمعاملات المنتشرة في الكتب والدواوين، وجمعها في ديوان جامع بعد التنقيح والترتيب، واختيار حسن التبويب وأحدث الأساليب، وتجنب ركيك العبارة وحذف ما لا يحتاج إليه من الأقوال والخلافات، والاقتصار على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل، والتماس الحلول والطرق الصحيحة للحوادث الجديدة التي جاءت بها ظروف العصر مع مراعاة الأعراف والعوائد التي لا تضاد الشريعة ولا تخالفها في المصادر والموارد، ولا يوجد أي مانع من ذلك شرعاً يمنعنا، أو أي صارف معتبر شرعاً أو عقلاً يصرفنا، ولكن الخمول والجمود يؤولان بالشريعة إلى الإهمال ويؤديان بأحكامها إلى الاضمحلال.

وقديماً تنبه كبار العلماء الأجلاء لهذا الأمر، واستنهضوا الهمم للتلافي والجبر وذلك بالوسائل الآتية:

(1) بتأليفهم المؤلفات الجامعة ومحاولتهم الاقتصار فيها على الأقوال المعتمدة وحذفهم كثيراً من الخلافات، وهذا مؤلف الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك ما أُلّف إلا بهذا الصدد، وكذلك ابن عاصم وغيره.

(2) بتحجيرهم على الحكام أن لا يحكموا إلا بالراجح والمشهور أو ما به

العمل.

(3) ما أيقظوا له الهمم من كون الشريعة محيطة بحاجات الخليقة على اختلاف أجناسها وأصنافها وتباين نحلها وأعرافها، وإن لها سياسة عادلة في الأحكام، تطابق روحها عدالة الإسلام، كما أن لها أقضية تحدث بقدر ما أحدثوا من الفجور، ورغبوا في إجراء ذلك وتطبيقه من تحديد الأقوال وتنقيحها، واستنباط أحكام الجزئيات من قواعد الشريعة وكلياتها حسبما تجدد من عوائد الأمة وأعرافها مما لا ينافي الأصول السابقة ولا يؤدي إلى خلافها دون المحافظة على اللفظ وإهمال المعنى حتى لا يختل النظام ويعتل المبنى، إذ العبرة كما تقول القاعدة الفقهية بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وإذا كانت الأحكام مستمدة من المواد الشرعية فلا علينا في التبويب والترتيب، ولا علينا في تسميته شرعاً أو قانوناً، وقد سمى الفقيه المالكي (ابن جزي) كتابه في الفقه بالقوانين الفقهية.

وقد كان السبب في كل هذا هو انقسام الفقهاء إلى فريقين:

فريق فرط ورأى أن القواعد الشرعية التي حكم بها لا بد أن تكون على صورة «المدونة» أو الشيخ خليل عند المالكية، أو على صورة «المبسوط» عند الحنفية، أو «الوجيز» أو «المهذب» عند الشافعية، أو «المغني الإقناع» عند الحنابلة، أو «المحلى» عند الظاهرية، ولا يمكن في نظرهم أن تؤلف أحكام الشريعة على خلاف هذه الصورة، كما أنه لا يمكن التصرف في النصوص من حيث التطبيق، فلا تراعى قرائن الأحوال، ولا أعراف البلاد التي تتطور على مرّ العصور والأجيال، ولا تعتبر السياسة الشرعية التي هي روح الأحكام. وقد كان وقوف هذا الفريق داخل هذا الحد الذي توهمه سبباً في خرق الحدود الصحيحة وضياع الحقوق وجعل الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، كما سدوا على أنفسهم طرقاً صحيحة من طرق معرفة الحق، وعطلوها مع علمهم وعلم غيرهم قطعاً أنه حق مطابق للواقع، ظناً منهم منافاتها لقواعد الشرع.

أما الفريق الثاني فأقرط وسوّغ الاختراع، وأتى بما لا يُساع، فسوغت من الأحكام ما ينافي حكم الله ورسوله.

وكلا الفريقين كما يتجلّى حائد عن المنهج القويم، سالك غير الصراط المستقيم، بتقصيرهم في معرفة ما بعث الله به رسوله وأنزل به كتبه، فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات فإذا ظهرت إمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثمّ شرع الله ودينه، وأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له، فلا يقال إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل موافقة لما جاء به بل هي جزء من أجزائه، فالعدل ليس محصوراً في طريق واحد لا يتعداه، بل كل طريق أوصلت إليه فيه معتبرة مأذون بها من قبل الشارع اعتماداً على الكلية.

من كل ما سبق يتبين لنا أن التقنين يقوم على عنصرين أساسيين :

أولهما : صياغة الحكم القانوني الشرعي في عبارة موجزة واضحة.

وثانيهما: إلزام القاضي بالقضاء وفقاً لهذا الحكم، ولو كان مخالفاً لرأيه.

لقد ثار الجدل حول جواز إلزام القاضي المسلم الذي يقضي وفق أحكام الشريعة الإسلامية بأن يحكم بما يرد في التقنين ولو كان مخالفاً لرأيه ؟

الأصل أن القاضي يجتهد فيما يُعرض عليه من أقضية ومنازعات في معرفة الحكم الشرعي ويحكم بما يؤدي إليه اجتهاده وقناعته، فإن لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد فإنه يحكم بالراجح في المذهب الذي يتبعه على تفصيل تورده الكتب الفقهية، ولكن هل يجوز لولي الأمر إلزامه بالحكم برأي معين ولو كان خلاف رأي القاضي ؟

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه لا يجوز لولي الأمر أن يلزم القاضي بالحكم برأي معين، وحجة هذا الرأي أن القاضي أمر بأن يحكم بالحق وهو ما يراه محققاً للعدل قال تعالى ﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾. وذهب رأي آخر إلى القول بجواز أن يلزم ولي الأمر القاضي بحكم يختاره هو داخل نطاق أحكام الشريعة الإسلامية، وقد جرى العمل ويجري على هذا الرأي، وحجته المصلحة من ناحية ولي الأمر، والطاعة من ناحية القاضي والرعية.

وتتمثل المصلحة من ناحية ولي الأمر في التيسير على القضاة والمتقاضين في معرفة الحكم الشرعي، وتوحيد الأحكام في الدولة، وطمأنينة المتقاضين، ومعرفة الحكم ابتداءً حتى يرتب المتعاملون أمورهم عند التعامل على الحكم الذي سيفصل بينهم عند التنازع به.

وأما من ناحية القاضي فلأنه واجب عليه طاعة ولي الأمر نزولاً عند قوله تعالى ﴿يا أيها الذين ءامنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾⁽³⁾ ولأنه وكيله، وعلى الوكيل التزام أمر الموكل.

وقد طلب الخليفة أبو جعفر المنصور من الإمام مالك أثناء موسم الحج سنة 163 للهجرة أن يضع كتاباً جامعاً يختار أحكامه من أدلة الشرع مع مراعاة التيسير قائلًا له: «يا أبا عبد الله، ضع هذا العلم ودونه ودون منه كتاباً وتجنب شدائد عبد الله بن عمر ورخص عبد الله بن عباس وشواذ ابن مسعود، واقصد إلى أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة رضي الله عنهم، لنحمل الناس إن شاء الله على علمك وكتبك ونبثها في الأمصار، ونعهد إليهم ألا يخالفوها ولا يقضوا بسواها».

إلا أن الإمام مالك رضي الله عنه لم يجاز الخليفة في الفكرة وردّ عليه قائلًا: «أصلح الله الأمير، إن أهل العراق لا يرضون علمنا ولا يرون في علمهم رأينا».

ولكن الخليفة ردّ عليه قائلاً : «يحملون عليه وتضرب عليه هاماتهم بالسيف وتقطع طي ظهورهم بالسياط فتعجلّ بذلك وضعها، فسيأتيك ابني المهدي العام القابل إن شاء الله إلى المدينة ليسمّعها منك فيجداك وقد فرغت من ذلك إن شاء الله» (4).

واستجابة لطلب الخليفة صنف الإمام مالك كتابه «الموطأ».

وقد وصف الإمام مالك أبا جعفر فقال :

« ثم فاتحني (أي أبو جعفر) في العلم والفقه فوجدته أعلم الناس بما اجتمع عليه وأعرفهم بما اختلفوا فيه حافظاً لما روي وأعياً لما سمع».

ويذهب أغلب الفقهاء المحدثين إلى تقنين أحكام الفقه الإسلامي وإلزام القضاة والناس بها.

إن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية هو الوسيلة الحديثة الآن لتطبيقها، وتقنينها يعني جعلها قانوناً، أي تشريعاً يجمع أكثر القواعد الفقهية التي تحكم المسائل المتعلقة بالأقضية والمعاملات في مدونة واحدة مرتبة ومبوبة بحسب المسائل التي تنظمها، في شكل مواد مختصرة تأتي متسلسلة.

وإذا كانت بعض الدول لم تستعمل لفظ القانون، وإنما استعملت بدلاً منه لفظ «التنظيم أو المجلة» كالدولة العثمانية أو لفظ «النظام» كالمملكة العربية السعودية، والعبرة ليست بالمسمى وإنما بمضمون ما يشتمل عليه ذلك المسمى أو كما تقول القاعدة الفقهية «العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني».

ولقد كان للفقهاء السابقين مصنفات تتضمن قواعد أشبه بالقواعد القانونية منها المتون والمختصرات ومنها كتاب «القوانين الفقهية» لابن جزي المالكي. وفي عصرنا الحاضر نجد نماذج ومحاولات لتقنين أحكام الشريعة

الإسلامية منها مجلة الأحكام العدلية وهي تقنين للفقهاء الحنفي، ومجلة الأحكام الشرعية للمرحوم القاضي أحمد بن عبد الله القاري المتوفى سنة 1359هـ في الطائف وهو مشروع تقنين قام -رحمه الله- بصياغته وفقاً لمذهب الإمام أحمد ابن حنبل على منوال مجلة الأحكام العدلية في الفقه الحنفي، وكتاب «مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان» لمحمد قدري باشا على غرار مجلة الأحكام العدلية، وبعض مشروعات لتقنين أحكام بعض العقود أصدرها مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، وتقنين المعاملات المالية العربي الموحد الذي قامت بوضعه جامعة الدول العربية والذي كان لي شرف المساهمة في وضعه.

وليس التقنين، كما قد يُظن لأول وهلة، حديث المولد، بل إنه قديم عرفته الشرائع القديمة قبل الشرائع الحديثة، مما نراه مفصلاً في كتب تاريخ الفقه والقانون، وهو لذلك يعتبر سلسلة متصلة الحلقات منذ القديم إلى اليوم، وهي الفقه الإسلامي والقانون الروماني في القديم والقانون الفرنسي في الحديث مع العلم بأن الأخير قام على الأول فهو امتداد له.

إن تقنين أحكام الفقه الإسلامي هو الوسيلة الحديثة الآن لتطبيقه حتى يتجدد شباب هذا الفقه، وتدب فيه عوامل التطور المباشر، مسائراً لروح العصر، لينتج قانوناً متطوراً يجري المدنية الحديثة ومتطلبات الحياة الجديدة، وينبثق هذا القانون الحديث من الشريعة الإسلامية كما انبثقت الشرائع اللاتينية والشرائع الجرمانية من الفقه الروماني.

إن تقنين أحكام الفقه الإسلامي يتطلب إتمام دراسته بمذاهبه المختلفة دراسة مقارنة، تُستخلص منها وجوه النظر المختلفة واتجاهاته العامة وطرق صياغته وأساليب منطقته، كما يتطلب، وفق ما سبقت الإشارة إليه، صياغة هذه الأحكام في صورة قواعد عامة ومجردة، وجمعها في ديوان جامع بعد التنقيح والترتيب، واختيار حسن التبويب وأحدث الأساليب في الصياغة، من حيث صب

وإفراغ الأحكام الموضوعية في مواد متسلسلة الحلقات مرتبة الأقسام والأبواب والفصول والمباحث والفروع والمطالب.

وإذا كان للفقهاء السابقين مصنّفات تتضمن قواعد أشبه بالقواعد القانونية منها المتون والمختصرات، فلا يوجد أيُّ مانع يحول دون تقنين هذه الأحكام وجمعها، فهذا التقنين يُقاس على إجماع الصحابة على جمع القرآن الكريم في مصحف بعد أن كان مجموعاً في الصدور، كما يقاس على تدوين السنة الذي مكّن من الوقوف على صحيحها وسقيمها، وتمييز قويها من ضعيفها، كما يقاس على تدوين الفقه، وليس التقنين إلا صورة من صور تدوين الفقه، فهو كما يكون في صورة مختصرات أو شرح أو نظم يمكن أن يتخذ شكل مواد متسلسلة في قواعد مرتّبة حسب الأقسام والأبواب والفصول مع المقارنة بما يقابلها من أحكام في القوانين الوضعية، فالعبرة بالمضمون لا بالشكل.

الفرع الخامس : أسس التقنين ومنهجيته

يمكن تلخيص أسس التقنين فيما يلي:

1) يعتبر التشريع فناً له قواعده وأصوله، ولا يجوز إغفال هذه القواعد والأصول عند القيام بأي عمل تشريعي، وقد كانت الصنعة التشريعية فطرة وإلهاما قبل أن تصبح فناً.

وقد ثبت أن الوظيفة الأساسية للتشريع هي الصياغة الفنية للقواعد العلمية المستنبطة من علوم الاجتماع المختلفة فتوضع هذه القواعد في القوالب القانونية الملائمة.

والقانون ليس صناعة واحدة بل هو صناعات متعدّدة فهناك :

Technique Jurisprudentielle	صناعة القضاء :
Technique doctrinaire	وصناعة الفقه :
Technique legislative	وصناعة التشريع :
Technique de la codification	وصناعة التقنين :

وهذه الصناعة الأخيرة هي التي يعيننا أمرها ويهمنّا معرفة قواعدها كي نفيذ منها في تقنين الفقه الإسلامي.

(2) الفقه الإسلامي متعدّد المذاهب، والمشهور عندنا منها أربعة : المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وإلى جوارها مذاهب أخرى كالْمذهب الظاهري ومذهب الشيعة الإمامية والزيدية والمذهب الأباضي.

وهناك سبيلان في التقنين:

أحدهما: التزام مذهب واحد، وإذا تعدّدت الآراء فيه فيلتزم رأي إمامه أو أرجح الأقوال فيه أو المفتى به.

والثاني: الأخذ من كل مذهب بما يصحّ منه إذ الصحيح ليس محصوراً في مذهب معين.

وإذا كان المسلك الأول يتّسم بالضيق، والمسلك الثاني بالتوسّع، فإن سلوك السبيل الوسط هو الأخذ في بلد ما بالمذهب السائد فيها أصلاً عاماً والخروج عليه إلى غيره عندما تدعو المصلحة إلى ذلك على سبيل الاستثناء، فيكون الأصل معروفاً والاستثناء بيّناً بحيث يتبين الطريق إلى التفسير عند لزومه.

(3) يجب أن يُبوب التقنين تبويباً منطقياً متماسكاً، لكون التبويب المنطقي يساعد كثيراً على فهم التقنين والإحاطة به وتيسير البحث فيه.

والترتيب المنطقي المطلوب في التقنين غير الترتيب العلمي الذي نجده في كتب الفقه لأن مقتضيات التقنين غير مقتضيات البحث العلمي.

وخير تبويب للتقنين هو ما يلاحظ فيه أمران :

الأول : أن يكون منطقياً؛

والثاني: أن يكون عملياً؛

فيقسم التقنين إلى كتب والكتب إلى أقسام والأقسام إلى أبواب والأبواب إلى فصول والفصول إلى فروع، وهذا التقسيم يبين بنوع خاص الأحكام الشرعية العملية ويخفي الأحكام الفقهية النظرية، على أن تكون الأقسام والأبواب والفصول مرتبطة بعضها ببعض على وجه منطقي محكم.

(4) إذا كانت القاعدة التشريعية أو القانونية توجه سلوك الأفراد في الجماعة على نحو ملزم وذلك بأن تفرض حكماً معيناً إذا تحققت واقعة معينة، فإن هذه القاعدة تتكون من شقين:

أ) الفرض: وهو الظاهرة التي يلزم أن تتحقق في الواقع ليثور أمر تطبيق هذه القاعدة.

ب) الحكم: وهو الأمر الذي يقضي به القانون أو التشريع ويربط نفاذه بتحقق الفرض.

لأجل ذلك وجب أن يُصوّر مضمون القاعدة القانونية دائماً على أنه يقضي إذا تحقّق الفرض وجب إعمال الحكم، ولكن دون أن يلزم لذلك أن تصاغ القواعد القانونية المكتوبة دائماً مبتدئة ببيان الفرض بكلمة «إذا»، وفي بيان الحكم بلفظة «وجب» ولو أن هذه الصياغة تعتبر في الواقع صياغة نموذجية يلجأ إليها المشرعون في كثير من النصوص.

والواقع أن تركيب القاعدة القانونية على الصورة السابقة يمكن الكشف عنها فيها مهما كانت صورتها اللفظية. فالقاعدة التي تنصل على أن كل شخص لم يبلغ (20 سنة) يعتبر فاقد الأهلية أو ناقصها، وكذلك القاعدة التي تقتصر على القول إن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حياً، فهي تعني في الواقع أنه إذا وُلد الإنسان حياً «وهذا هو الفرض» وجب اعتباره شخصاً «وهذا هو الحكم».

وفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف لازمة من لزوم التشريع لا يتصور وجوده دونها، لأن القانون إنما يستهدف إقامة النظام في المجتمع، وهو ما يتهدده حتماً حمل السلوك الواجب محل النص، إذا يكون للأفراد حينئذ حرية مخالفته، من أجل ذلك كان القانون دائماً قائماً بفرض ما يراه من سلوك واجب فرضاً يحمل معنى إلزام الأفراد بالخضوع له، ذلك أن القانون ليس بنصيحة أو توجيه وإنما هو أمر وهو أمر صادر ممن يدان له بالطاعة وموجه إلى من تجب عليه تلك الطاعة.

إن الفقه فكر بشري اجتهادي يدرس ويستنبط الأحكام الشرعية من أصول الشريعة لتتقيّد المجتمعات الإسلامية بها وتحكم بها وتُغني نظمها وتجعل حياتها منضبطة بضوابط، لكن هذه الأمور قابلة دوماً للمراجعة وإعادة النظر في مضامينها، بخلاف مضامين الشريعة التي هي ثابتة لا تقبل التغيير والتعديل.

(5) ويحسن أن تمهد الأقسام بباب تمهيدي يتضمن الأحكام العامة والمبادئ الأساسية التي تهيمن على جميع مناحي التشريع والتي لا تنحصر في مسألة معينة خاصة على أن يصاغ هذا الباب التمهيدي صياغة عملية لا فقهية نظرية.

ويلاحظ أن تبويب القانون جزء من أحكامه فقد ترد فيه نصوص لا تفسّر تفسيراً مقبولاً إلا بعد الرجوع إلى الموضع الذي وردت فيه.

(6) يجب أن يتجنبَّ التقنين إيراد التعريفات والتقسيمات الفقهية، إذ إن التعريف والتقسيم عمل فقهي محض، ولما كانت التعريفات التي يوردها الفقهاء موضع مناقشة وانتقاد لأجل ذلك وجب أن يبقى التقنيين بمنأى عن إيراد التعريفات لكي لا يكون عرضة للنقد.

(7) يجب تجنب ذكر الأسباب التي أوجبت اختيار حكم ما وإيراد الدليل على صحتها أو إيراد أمثلة توضح الحكم إذ إن هذه مهمة الفقه لا التشريع ومجاله الأعمال التحضيرية والمذكرات الإيضاحية التي ترفق عادة بالتقنين دون أن تكون جزءاً منه.

(8) تجنب التصريح بانضمام المشرع إلى المذهب الشخصي أو المذهب المادي أو المذهب الفردي أو الاجتماعي أو تأييد نظرية فقهية على أخرى بل يُترك ذلك للفقه الذي يستخلصه من مضمون النصوص والقواعد.

(9) عدم الخوض في التفاصيل والجزئيات والاقتصار على وضع القواعد العامة المجردة حتى يكون التقنين من المرونة بحيث يستطيع القضاء والفقه مسابقة المعاملات المتغيرة.

(10) عدم محاولة المشرع للإحاطة في التقنين بكل شيء، المشرع لا يمكنه أن يضع حلولاً وأحكاماً لجميع الأمور والتصرفات والوقائع كما لا يمكنه أن يضع للأمور التي أوردها أحكاماً صالحة لكل زمان ومكان، لأجل ذلك وجب على المشرع ترك المسائل التفصيلية للفقه والقضاء.

(11) إن المنهج السليم في التقنين أو إن تقنية التقنين تكمن في وظيفته، ووظيفة التقنين ليست حصر القواعد التشريعية أو القانونية على وجه ثابت لا يتغير، وإنما ترتيب الأحكام الخاصة بفرع من فروع القانون بعد إزالة التناقض بينها لأن مهمة التشريع وضع قواعد عملية، لا بسط وعرض النظريات الفقهية

وقد قيل في هذا المجال : «إن القانون وُضع ليأمر ولم يُوضع ليُعلم وهو في غير حاجة للإقناع» "La loi commande, elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre".

(12) يجب تفادي التناقض في التقنين، كما يجب تجنب التكرار إلا لضرورة أو فائدة، واستعمال العبارة المناسبة للحكم ذلك أن من هذه العبارات ما يرد في قواعد أمر أو ناهية وقواعد مقررة أو مكملة أو مفسرة أو متممة، كما يجب عدم الإكثار من الإحالة من نص إلى نص إلا في حالة الضرورة لكون الإحالات تجعل التشريع مشوبا بالغموض والإبهام فضلا عن أن المشرع قد لا يستوعب الإحالة على كل النصوص التي تستوجب تلك الإحالة.

(13) يجب أن تكون لغة التقنين واضحة دقيقة محددة وبسيطة تتسم بفنيته الخاصة، كما يجب أن يكون اللفظ موزونا محدد المعنى وأن يأخذ معنى واحدا في جميع قواعد التشريع فلا يتغير معناه من حكم لآخر أو من مكان إلى آخر في نفس التقنين حتى يسهل على الباحثين والمشتغلين بالقانون التعرف على الحكم المطلوب في التقنين دون تلمسه في السوابق القضائية المبعثرة في مجموعاتها أو في المؤلفات الفقهية الواسعة أو في التشريعات المتفرقة.

(14) لكي يساير التقنين ظروف الجماعة وحاجاتها، والظروف المتطورة في المجتمع، يجب مراجعته من حين لآخر، حتى لا تصاب القواعد التشريعية بالجمود والشلل. إن الاحترام الذي يتولد للتقنين بعد صدوره لا يلبث - كما سبقت الإشارة - أن يقل تدريجيا بسبب ظهور ما يعتريه من نقص وعيب أثناء تطبيقه على شؤون الحياة، ولعل القضاء هو أول من يحس بهذا النقص لأنه هو الذي تعرض عليه مشاكل الناس، وهو المطالب بحسمها أو كثييرا ما يجد القاضي نفسه أمام تعارض بين ما يقضي به القانون، وبين ما تقضي به العدالة، وهذا ما يؤدي به تحت ستار التفسير إلى إهدار حكم القانون إذا تعارض مع ما توحى له مبادئ العدالة وقواعد العدل والإنصاف وكثيرا ما يؤيده الفقه في ذلك.

15) إن وضع مدونة جامعة لكل فرع من فروع الأحكام والمعاملات، مرتبة الأبواب، محكمة النظام، مقتصر فيها على الصحيح من الأقوال، مراعى فيها العوائد والأعراف، ملاحظة للسياسات الشرعية والمحدثات الوقتية، مرتبة ومبوبة بحسب المسائل التي تنظمها، في شكل مواد مختصرة تأتي متسلسلة، وغير خاف أن الينايع الأساسية التي يُستمد منها في وضع هذه الكتب المبسطة الجامدة كثيرة ومتنوعة في فقه المذاهب المختلفة، مما يراه جمع العلماء الذين يمكن ندبهم لهذا الصدد، وأرى أن خير من يكلف بهذا العمل هو منظمة المؤتمر الإسلامي والإدارة القانونية لجامعة الدول العربية ورابطة العالم الإسلامي والمجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ووزارات الأوقاف والشؤون الإسلامية.

ومتى تم تكوين لجان تضم :

أ - الفقهاء الذين لهم مع نبوغهم في الفقه الإسلامي مشاركة تامة في علوم الآلة من النحو واللغة والأصول والبلاغة ومعرفة قواعد الحديث والتفسير.

ب - القضاة ممن زاولوا أو يزاولون خطة القضاء مدة معتبرة.

ج - أساتذة القانون الذين يهتمون بالدراسات المقارنة والشرعية.

ومتى تم تكوين لجنة أو لجان بهذا الشكل من خيرة وكبار الفقهاء والقضاة والأساتذة في العالم الإسلامي والعربي، يُرسم لهم اختيار الأبواب المحتاج إليها في الأقضية والمعاملات المالية، ثم توزع الأبواب على هؤلاء العلماء بعد أن يُقدم إليهم نموذج ومثال ينسجون على منواله نسجا واحدا بحيث تكون الأبواب على نسق واحد في الفصول والمواد والعبارة، وتعد الاجتماعات بقصد مقابلة ما أنجزته من الأعمال كل لجنة أو مجلس لتقرير ما هو تام النسيج والصياغة، وتدارك ما فيه خلل، ومن المؤكد جدل الصياغة بعبارة مقتضبة جديدة، غير تابعة لتعبير النصوص القديمة المتسمة بالتعقيد والاختصار، وأن تكون واضحة لا

يشوبها الغموض، دقيقة لا يشوبها الإبهام، حتى تكون مواد التقنين جلية في معناها، واضحة الدلالة في مراميها، لا يحيطها التجهيل أو يكتنفها الغموض، كما يجب أن تكون للصياغة لغة فنية خاصة، يكون كل لفظ فيها موزونا محدد المعنى، كما يجب أن يأخذ اللفظ معنى واحدا فلا يتغير معناه من مكان إلى مكان في نفس الموضوع بل يلتزم معناه في كل استعمالاته.

ومتى تم وضع كتب جامعة متضمنة للأحكام الشرعية في ميدان الأقضية والمعاملات ستكون دعامة أساسية يرسو عليها تقنين الأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي.

كما سيكون هذا التقنين أساسا لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، هذا التطبيق الذي تحيا به الشريعة الإسلامية من مبرراته إصلاح النفس والمجتمع وتوحيد الأمة الإسلامية والفوز برضا الله عز وجل، يضاف إلى ذلك أنه لا يوجد مبرر معقول للامتناع عن تطبيقها عند المشككين أو الخائفين من هذا التطبيق.

هذه خلاصة لبعض الخواطر في تقنين الفقه الإسلامي، وهو ما اتسع له جهدنا القاصر في بحثه، وهو جزء من كل، وقلُّ من كثير، وهو بحث شاق وإن كان شيقا، يحتاج الكثير من التحليل والتعليل والتطبيق وضرب المثل.

وهذا هو ما هدتنا إليه تأملاتنا في أمر واقع تقنين الفقه الإسلامي، وهو الموضوع متنوع الصور، متشعب الجوانب، والذي كان اتساع نطاقه سببا في حيرة الفقهاء وعجزهم عن تحديده، وإذا كنا قد تعرضنا مع ذلك لدراسته، فإنما لنبين في النهاية أننا لسنا أقل من غيرنا من الفقهاء حيرة ولا عجزا في إدراك مدى هذا الموضوع الدقيق، ولا ترددا في رسم معالمه وضبط قواعده.

إنها نية خالصة لخدمة الشريعة الإسلامية لتكون كلمة الله هي العليا مستعينا بالله، فإن أصبت فمن توفيق الله، وإن أخطأت فمن نفسي، والله غفور رحيم.

الهوامش

- (1) إدريس العلوي العبدلاوي «نظرية القانون»، صفحة 559-567.
- (2) نفس المصدر، صفحة 561-564.
- (3) سورة النساء، آية 58.
- (4) ابن قتيبة، «الإمامة والسياسة»، 2، ص 148.

